

# کاوشی در نقش سیره عقلا در تعیین دامنه مسئولیت قراردادی با تکیه بر نظر امام خمینی و شهید صدر\*

□ سیدمحمدحسن موسوی خراسانی<sup>۱</sup>

## چکیده

نقش آفرینی «سیره عقلا» در استنباط احکام شرعی، کم و بیش مورد توجه فقها بوده است. چگونگی احراز سیره، شرایط و میزان اعتبار آن، محل اختلاف دیدگاه‌هاست. در عین حال، امضایی بودن بیشتر احکام معاملات بالمعنی اعم، از اهمیت بناء عقلا در فقه حکایت دارد. نظرات بدیع برخی از فقیهان در تحصیل مؤلفه‌های مادی و معنوی سیره، پایه‌گذار مبنایی است که آثار قابل توجهی در مسئولیت قراردادی ایفا می‌کند. بر اساس یافته‌های این نوشتار که به شیوه توصیفی تحلیلی نگاشته شده، می‌توان گفت که افزون بر امکان استناد به ادله ضمان قهری در اثبات اصل مسئولیت قراردادی، به استناد سیره قطعی عقلا، این قسم مسئولیت، امروزه مسلم است و منوط کردن آن به اشتراط صریح یا ضمنی صحیح نیست. بنابراین شیوه تدوین ماده ۲۲۱ قانون مدنی نامناسب است. علاوه بر آن، با تکیه بر نقش آلی و ابزاری سیره عقلا در فهم قواعد اتلاف،

علی‌البد و لاضرر، شعاع مسئولیت، خسارت‌های عدم‌النفع مسلم‌الحصول را در بر می‌گیرد. بر این بنیان، مواد اصلاحی جایگزین مواد ۲۲۱ قانون مدنی و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، پیشنهاد شده است.

رویکرد کلی مقاله حاضر در تأیید نظریه وحدت مبانی مسئولیت است و از این جهت با فقه همسوست، در عین حال از این نظر که ادله ضمان قهری را شامل خسارت‌های عدم‌النفع قطعی می‌داند، با نظر مشهور فقها تمایز دارد؛ خسارت عدم‌النفع قطعی چه ناشی از غصب مال باشد یا حبس انسان حرّ و یا نقض قرارداد.

**واژگان کلیدی:** سیره عقلا، عرف، مسئولیت مدنی قراردادی، خسارت عدم‌النفع.

### مقدمه

توجه کافی و ضابطه‌مند به سیره عقلا و عرف در حوزه‌هایی که شرع مقدس تأیید کرده است، به عنوان یکی از شاخصه‌های این مقاله،<sup>۱</sup> می‌تواند بسیاری از امور اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و تجاری را سامان دهد. در مقابل، بهای بی‌مورد و بی‌قاعده به عرف و سیره عقلا در شریعت، به نظریه عرفی‌سازی دین، سکولاریزاسیون<sup>۲</sup> و به تعبیری پروتستان‌تیزم اسلامی می‌انجامد.<sup>۳</sup> واکاوی سیره عقلا در این مقاله به هیچ وجه در تکاپوی تأیید نظریه اشاره‌شده نیست، بلکه بر آن است از طریق بازخوانی نهاد سیره عقلا و میزان اعتبار آن در شرع مقدس که به زعم نگارنده در فرایند استنباط احکام، کمی مورد بی‌مهری قرار گرفته، به تأثیرات شگرف آن در حلّ برخی از معضلات فقهی

۱. از آن جهت که استناد به سیره عقلا در اثبات اصل مسئولیت و دامنه مسئولیت (خسارت عدم‌النفع)، مبتنی بر این است که مشکل سیره عقلا را که همانا عدم اعتبار سیره‌های متأخر از زمان معصوم علیه السلام و سیره‌های متغیّر (changeable) است، ابتدا حل کرده، سپس به کارکرد سیره به نحو مستقل یا ابزاری در فهم ادله لفظیه استناد نماییم. یکی از ویژگی‌های مقاله حاضر، بررسی این موضوع و یافتن مبنایی در فقه بر اساس نظر خاص امام خمینی و شهید صدر و مرحوم مغنیه و اتکاء به آن و نهایتاً چیدن میوه‌های آن در باب مسئولیت قراردادی است؛ امری که در مقالات دیگر کمتر به آن توجه شده است.

2. Secularization.

۳. «در این اندیشه، شریعت الهی و مقررات نشئت گرفته از اراده الهی بسیار محدود و نحیف و به جای آن، اراده و تأسیسات آدمیان، عرف‌ها و عادات جایگزین می‌گردد» (علیدوست، ۱۳۸۴: ۴۲۰).

- حقوقی پردازد. از جمله می‌دانیم که مسؤلیت قراردادی،<sup>۱</sup> مبنا و حدود آن در فقه و حقوق از مباحث اختلافی محسوب می‌شود. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی، خسارت عدم‌النفع را قابل مطالبه نمی‌داند، در عین حال تبصره ۲ ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری، خسارت عدم‌النفع مسلم‌الحصول را قابل مطالبه می‌داند. مقررۀ اخیر اگرچه راجع به خسارت ناشی از جرم است، اما ملاکاً امکان مطالبۀ خسارت عدم‌النفع را تأیید می‌کند. این امر نوعی تشتت و آشفتگی در سیستم حقوقی ایران و به ویژه رویۀ قضایی ایجاد کرده است. قضات عمدتاً به استناد تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی، به خسارت عدم‌النفع حکم نمی‌کنند، اما گاهی برخی از قضات به این نوع خسارت حکم داده‌اند؛ نظیر دادنامه ۱۲۸۵/۱۲۲۴۰۹۹۷۵۱۱۲۴-۸۹۰۹۹/۹/۲۷-۸۹.<sup>۲</sup>

در این مقاله پس از بازخوانی دلیل سیره عقلا، متکی بر دیدگاه برخی از فقیهان بزرگ<sup>۳</sup> که بر خلاف مشهور، معاصرت سیره با عصر معصوم را شرط نمی‌دانند، به نقد و تحلیل ماده ۲۲۱ قانون مدنی و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی پرداخته شده و بر این مبنا، پیشنهاداتی در راستای اصلاح مواد مذکور مطابق با یافته‌های مقاله حاضر ارائه می‌گردد.

## ۱. مفهوم‌شناسی سیره عقلا

رفتار مستمر و متحدالشکل انسان‌ها و نیز بناءها، امور ارتكازی یکسان در اذهان، و فهم و داوری مشابه آن‌ها در یک موضوع از آن جهت که عاقل‌اند را سیره یا بناء عقلا گویند. به تعبیر برخی فقیهان، سیره عقلا، موقف و موضع عقلا در یک موضوع است؛ اعم از اینکه رفتار و سلوک خارجی بر طبق آن محقق شده باشد و یا اینکه به سبب عدم تحقق موضوع در خارج، در حد ارتكازات عقلایی باقی مانده باشد<sup>۴</sup> (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۴/۴). پیروی از آیین خاص و اشتراک در آن، شرط این طریقه نیست. همین که این

۱. جبران خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد.

۲. ر.ک. وبگاه رساله حقوق به نشانی: <http://rhoghough>، ۱۳۹۱/۱۲/۱۷.

۳. امام خمینی، شهید صدر و محمدجواد مغنیه.

۴. «المواقف العقلاییة سواء تجسدت فی سلوک خارجی أم لا» (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۴/۴).

رفتار و سلوک و نیز بناء و ارتکاز، مبتنی بر عقل باشد،<sup>۱</sup> سیره عقلاییه شکل می‌گیرد (غروی نائینی، ۱۴۰۶: ۱۹۲/۳). هرچند در رابطه با خاستگاه و مبدأ سیره عقلی،<sup>۲</sup> اختلاف نظر است و بسیاری، خاستگاه آن را حفظ نظام یا جلوگیری از اختلال نظام دانسته‌اند (همان: ۱۹۳/۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۶۱/۱؛ مظفر، ۱۳۶۸: ۸۱/۲)، در عین حال برخی دیگر به کاشف بودن و ابتناء سیره عقلی بر حکم عقل تصریح دارند (طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۷۱؛ آشتیانی رازی، ۱۴۰۳: ۱۷۱/۱ و ۵۳/۳؛ غروی نائینی، ۱۴۱۱: ۳۳۱/۱؛ صدر، ۱۴۰۸: ۹۷). برخی نیز دو امر را جمع کرده‌اند؛ به نحوی که خاستگاه، بلکه هدف از سیره را حفظ نظام بشری دانسته و در عین حال به نقش کاشفیت آن از حکم عقل و ارتکازات عقلایی اشاره می‌کنند (آملی، بی‌تا: ۲۲۸؛ غروی نائینی، ۱۴۰۶: ۱۹۲/۳).

به هر حال بر مبنای غیر مشهور که برگشت سیره را به حکم عقل می‌داند، حجیت سیره، حجیت ذاتی و عقلایی است، نه تعبدی صرف.<sup>۳</sup> پر واضح است که سیره عقلی به جهت اتکاء به عقل، اصولاً در جایی مطرح است که عقل شایستگی درک مصالح و مفاسد موضوع را داشته باشد. عقل اگر توان درک آن را نداشته باشد، نمی‌تواند برای آن حکمی داشته باشد و در نتیجه، سیره مبتنی بر عقل در آن موضوع شکل نمی‌گیرد؛ مثلاً در خصوص اسباب محرمیت در شرع یا کیفیت و شرایط عبادات مانند نماز، به نظر می‌رسد اصولاً جای طرح بحث سیره عقلی نیست.

برخی به نحو اطلاق، میل و گرایش عمومی اعم از متدین و غیر متدین در مسیری معین و خطی ویژه را سیره عقلی دانسته‌اند (صدر، ۱۳۷۹: ۱۶۸). اما با تمرکز بر وصف عاقلانه بودن که در عنوان سیره هم لحاظ شده، باید بنای عقلی را از عرف‌های ناپسند جدا کرد. برخی از فقیهان، عرف و سیره عقلی را یکی دانسته‌اند، از آن جهت که

۱. مبدأ سیره عقلی ممکن است چیزی غیر از مدرکات عقلی، همانند فطرت، وحی، تقلید از گذشتگان و... باشد. «هرچند شایسته است بنای عقلی (بما هم عقلاء) جز بر تأسیس سامان‌یافته از درک عقل، اطلاق نگردد... بنای عقلی در واقع تبلور و عینیت مدرکات عقلی قابل تعین است» (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۲۲).

۲. بما هم عقلاء.

۳. در مقابل قول مشهور که حجیت و اعتبار سیره را وابسته به تأیید شارع می‌داند. در این قول، سیره عقلی به تقریر معصوم برمی‌گردد.

عرف، مرتبه‌ای از مراتب عقل و شکلی از اشکال آن است و به همین خاطر معتقدند که حکم عقل و عرف همسو و یکی است (کلانتری، بی‌تا: ۱۵۰). این برداشت همراه با تسامح است. در تعبیر دقیق‌تر چنان که قبلاً هم اشاره شد، سیره عقلا با عرف عام و جهانی یکی است؛ برای نمونه، از جمله مهم‌ترین بناهای عقلا، اعتماد به ظواهر کلام در رساندن مقاصد به دیگران،<sup>۱</sup> مالک دانستن کسی که کالایی را در دست دارد، وفای به عهد<sup>۲</sup> و جبران خسارت نارواست. در مقابل، عرف‌های ناپسند نیز وجود دارد.<sup>۳</sup> حال سؤال این است که تفاوت در چیست؟ با دقت نظر در سیره‌های خاص، در واقع آن‌ها عرف‌های خاص یک منطقه جغرافیایی، قومی، نژادی، ایدئولوژی و فرهنگی هستند (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۳). قدر مشترک عرف‌های خاص آن است که لزوماً مبتنی بر خرد نیستند. بنابراین ممکن است پسندیده یا ناپسند باشند. عرف ناپسند قاعداً عام و فراگیر نیست، اما رفتار و سیره مبتنی بر عقل، بالقوه یا بالفعل فراگیر و عام است. بنابراین عرف عام با سیره عقلا مترادف است (همان: ۱۵۲).

### ۱-۱. تمییز سیره از مفاهیم همسو

نسبت مفاهیم نزدیک به هم، چون عرف، عادت، سیره، سیره متشرعه در قبال سیره و بناء عقلا جای بحث و بررسی دارد. بررسی تفصیلی این موضوع در این مقال نمی‌گنجد. اجمالاً عرف عام مترادف سیره عقلاست و سیره متشرعه به عنوان یک عرف خاص ایدئولوژیک، اساساً با سیره عقلا متفاوت است. عرف را برخی این گونه معنا کرده‌اند:

۱. مهم‌ترین دلیل در حجیت امارات (حجیت ظواهر کتاب و سنت و حجیت خبر ثقه) سیره عقلاست (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۳/۴).

۲. امیر مؤمنان علیه السلام در کلامی به این سیره عام اشاره می‌فرماید: «چیزی از واجبات الهی در نزد مردم با تمام اختلاف سلیقه‌ها و اختلاف اندیشه‌ها، از بزرگداشت وفای به عهد، مقبول‌تر و فراگیرتر نیست» (نهج البلاغه، بی‌تا: ۱۰۲۷).

۳. یک عرف سیاسی و به معنای خودکامگی است. یک روش حکومتی انحصارگرا و عمدتاً تک‌حزبی است. (در تعریف خودکامگی (totalitarisme) انحصار حزبی، همراه با دولتی کردن زندگی اقتصادی، همراه با خشونت ایدئولوژیکی را می‌توان اساسی شناخت) (آرون، ۱۳۷۷: ۲۳۵) و نیز عرف‌های خاص دیگری مانند هموسکسوالیته (همجنس‌بازی)، روابط جنسی آزاد و ازدواج سفید در غرب.

«فهم یا بناء یا داوری مستمر و ارادی مردم که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آن‌ها به خود نگرفته باشد» (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۱۹).

به تعبیر دیگر، عرف عادت‌ی است از عموم یا گروهی خاص از مردم که بر آن سیر کرده و زندگی می‌کنند. این عادت می‌تواند در شکل گفتار یا کردار یا ترک فعل معنادار سامان یابد (صنقور علی، ۱۴۲۱: ۷۵۲؛ العجم، ۱۹۹۸: ۹۳۴/۱). به نظر می‌رسد در تعریف جامع‌تر از عرف، بهتر است اعتقاد به الزامی بودن آن رفتار و سلوک به مثابه عنصر روانی و معنوی عرف نیز لحاظ شود تا عرف از یک عادت ساده غیر الزامی تمیز داده شود (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۳۸).

برخی در مرزگذاری دقیق بناء عقلا و عرف گفته‌اند:

«آن دو در مفهوم، متباین و در مصداق، عام و خاص من‌وجه‌اند. تباین مفهومی این دو را می‌توان در تقید مفهوم عرف به اینکه صورت قانون مشروع نزد صاحبان عادت و عرف نگرفته باشد و رهایی مفهوم بناء عقلا از این تقید، مشاهده نمود؛ چنان که توسعی که مفهوم عرف از جهت فهم، بنا و داوری دارد، در بنای عقلا نمی‌توان دید. بنای عقلا چنان که برابند نامش است در بناء و سلوک منحصر است» (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۲۰).

به نظر می‌رسد بر این بیان می‌توان خرده گرفت و تفاوت ذکرشده صحیح به نظر نمی‌رسد. اگر لازمه عرف، نانوشته بودن است، لازمه سیره نیز همین است. عرف از مقوله رفتار است. سیره نیز این چنین است. اگر بر طبق عرف، قانون تدوین شود، قانون جای عرف را می‌گیرد و به آن استناد می‌شود. در مورد سیره نیز اگر شرایط اعتبار و حجیت را داشته باشد، به یک حکم امضایی شرعی تبدیل می‌شود و با این عنوان مطرح می‌گردد. در مقابل، اگر بر خلاف عرف بنا به مصالحی قانونی تصویب شود، قانون مقدم است (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۲۸۳). به همین نحو اگر سیره عقلا در یک موضوع مورد تأیید شرع نباشد و حکمی بر خلاف آن تأسیس شود، حکم تأسیسی شرع، مقدم است. به هر حال، وجه فارقی از این جهات نیست و سیره عقلا و عرف عام مترادف است (همان: ۱۵۲). در ادبیات فقهی، بیشتر از واژه سیره عقلا استفاده می‌شود. در حالی که در حقوق، از واژه عرف استفاده می‌شود که قسم عام آن منطبق با تعریف سیره

عقلاست.<sup>۱</sup> برخی که بناء عقلا را با عرف در اکثر موارد یکی می‌دانند (طباطبایی حکیم، ۱۹۷۹: ۱۹۸)، همین را منظور نظر دارند. در این مقاله نیز اگر سیره عقلا و عرف، مترادف به کار می‌رود، مقصود عرف عام است؛ عرفی که از عقل یا فطرت پاک آدمی سرچشمه می‌گیرد.

در رابطه با سیره متشرعه و فرق آن با سیره عقلا باید دانست که سیره متشرعه، سلوک عملی و مستمر اهل دیانت در یک موضوع به لحاظ متدین بودن آنهاست؛ در حالی که سیره عقلا، رفتار عموم، اعم از متدین و غیر متدین با تکیه بر خرد و عقل است (صدر، ۱۳۷۹: ۱۶۸). در واقع سیره متشرعه یک عرف خاص اهل شرع است که منشأ آن، وصف متدین بودن آنهاست (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۴).

## ۲. مؤلفه‌های شکل‌گیری سیره

عرف عام و سیره عقلا از دو عنصر مادی و معنوی تشکیل می‌شود (همان: ۳۵). عنصر مادی سیره، سلوک، رفتار و ارتکاز ذهنی مستمر و ثابت عقلای جامعه در یک موضوع خاص است، اما اینکه اتصال این رفتار و سلوک به زمان حضور شارع، در شکل‌گیری عنصر مادی دخیل است یا نه، به جهت ارتباط این بحث با حجیت سیره، در ذیل عنوان «حجیت سیره» بیان می‌شود.

عنصر و مؤلفه دیگر، عنصر معنوی است که خود از دو جزء تشکیل می‌شود؛ یکی آنکه عنصر مادی از لحاظ استمرار و تکرار به حدی برسد که در چشم مردم به مثابه یک رفتار لازم‌الاجرا جلوه کند (همان: ۳۹)، نه یک عادت ساده غیر الزامی که چه بسا از سر نزاکت و اخلاق یا منشأ دیگر سر زده و در ترک آن عقاب نیست. جزء دیگر، تأیید شارع نسبت به آن رفتار و یا ارتکاز عرفی است. تأیید شارع از اجزاء مقوم عنصر معنوی سیره و در اعتبار آن شرط است.<sup>۲</sup> سیره عقلا از دو مؤلفه مادی و معنوی به بیان اجمالی فوق تشکیل می‌شود.

۱. برخی عرف را در هر صورت مقدس و عقلایی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲/۲۸۰). با توجه به مطالب گفته‌شده، این حرف به نظر صحیح نمی‌آید؛ مگر منظور، عرف عام و مترادف سیره عقلا باشد.

۲. توضیح بیشتر در ذیل عنوان «حجیت سیره» در مقاله حاضر.

### ۳. حجیت و اعتبار سیره

در موضوع حجیت سیره عقلا و دلایل آن، اندیشمندان فقه و حقوق بر اساس ادله نقلی از کتاب و سنت در اثبات میزان اعتبار سیره عقلا، نظرات مختلفی دارند. در بیان این اقوال و نقد و بررسی موضوع، برخی از فرهیختگان حوزه، بحث دقیق و مستوفایی سامان داده‌اند (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۶۷-۲۰۶). آنچه از تحقیق این محقق استفاده می‌شود این است که در اصل حجیت و اعتبار سیره عقلا در بخش‌های غیر عبادی فقه، شک و شبهه‌ای نیست. آنچه مورد اختلاف است، میزان و شرایط اعتبار است. برخی برای عرف، جایگاه بس رفیع در حد یک منبع و سند کشف اراده الهی در کنار ادله اربعه قائل شده‌اند<sup>۱</sup> (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۱۱۹). مستند ایشان، تعدادی از آیات قرآن کریم و روایات اهل بیت علیهم‌السلام است.<sup>۲</sup> اما در مقابل این ادله، دلایل نقلی دیگری وجود دارد و مشهور فقیهان در جمع‌بندی و رفع تعارض ظاهری آن‌ها، ضمن تأکید بر اعتبار سیره و عرف، آن را به عنوان سند و منبع مستقل در ردیف ادله اربعه ندانسته، بلکه بر نقش ابزاری و آلی سیره خصوصاً در فقه معاملات تأکید کرده‌اند (انصاری، بی‌تا: ۲۱۲؛ نجفی، ۱۳۹۲: ۵۱/۱۶ و ۲۰/۳۵). از جمله کارکردهای سیره در نقش مذکور، اعتماد بر فهم عرف از واژه‌های قرآنی و روایی، تنقیح موضوع احکام شرعی، تنقیح ظهور ادله (صدر، ۱۴۱۷: ۲۴۳/۴)، نقش سیره در جمع عرفی، تنقیح مناط، الغای خصوصیت و دیگر فنون فهم صحیح ادله است که هر کدام در جای خود شرح و توضیح مبسوط لازم دارد.

در عین حال برخی از فقیهان سیره عقلا را دلیل کشف حکم عقل دانسته‌اند

۱. در یک صورت، این حرف از جهتی قابل توجیه و قبول است و آن اینکه ابتناء سیره و عرف بر خرد و عقل محرز باشد - چنان که فرض هم بر این است. در این صورت در واقع، آن سیره از مدرکات عقل است که لباس سلوک بر تن کرده است. سخن از «سندیت» در اینجا به‌جاست، اما آنچه سند و منبع کشف اراده الهی است، عقل است. با خرق عرف، عقل هویدا می‌شود («و عقل از اسنادی است که احدی در مرجعیت آن - حتی اشاعره و اخباریان و ظاهریان که موسوم به مخالفت با سندپنداری عقل‌اند - تردید ندارند. طرفداران مرجعیت عرف چه‌بسا عرف عقلا از آن جهت که عاقل‌اند را در نظر داشته‌اند که بدون شک سند است، لکن آشفته صحبت کرده و پریشان نوشته‌اند») (علیدوست، ۱۳۸۴: ۲۰۸).
۲. مانند آیات «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْعَرَفِ» (بقره / ۲۳۳) و «خُذْ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» (ابراهیم / ۴) و نیز فرازهایی از نهج البلاغه مانند «الزموا السواد الأعظم فإن يد الله على الجماعة وإياكم والفرقة» (نهج البلاغه، بی‌تا: ۳۹۲) و «ولا تنقض سنةً سالحة عمل بها صدور هذه الأمة» (همان: ۱۰۰۱).

(طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۷۱؛ آشتیانی رازی، ۱۴۰۳: ۱۷۱/۱ و ۵۳/۳؛ آملی، بی‌تا: ۲۲۸). بر این بنیان، بدون آنکه منبعی بر ادله اربعه افزون شود، سیره منبع مستقل برای کشف احکام الهی، و حجیت آن ذاتی است. امضاء شارع در این مقام، ارشاد به حکم عقل است (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱۰۵/۱-۱۰۶).

پس از بیان اجمالی اصل حجیت و میزان آن، سخن در شرایط و کیفیت اعتباربخشی به سیره است. در سیره، احراز دو مؤلفه مادی و معنوی لازم است. عنصر مادی، رفتار مستمر، سلوک متحدالشکل و ارتکاز ذهنی ثابت در یک موضوع است، اما آیا این عنصر باید در عصر امام معصوم علیه السلام احراز شود یا اتصال، شرط نیست؟ مشهور فقیهان، اتصال سیره به زمان معصوم علیه السلام و نیز تأیید شارع را ضروری دانسته‌اند (علیدوست، ۱۳۸۴: ۲۱۰). برخی به هنگام صحبت از کارایی سیره در فهم خطابات شرعی، عرف زمان صدور خطاب را معتبر می‌دانند، مگر قرینه‌ای بر خلاف وجود داشته باشد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۰).

در نظر مخالف، برخی، عرف هر زمان و مکان را معتبر می‌دانند، هرچند احتمال اعتبار عرف زمان معصوم علیه السلام را نیز خالی از وجه نمی‌دانند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۶۵/۱). شهید صدر در نگاه دقیق‌تر بر اساس کارکرد سیره عقلا، در مسئله لزوم و عدم لزوم اتصال عنصر مادی به زمان معصوم علیه السلام تفصیل قائل شده است. وی بیان می‌دارد که اگر کارکرد سیره، تنقیح موضوع حکم شرعی است، مانند سیره و عرفی که موضوع «نفقه» را روشن می‌کند، نیاز نیست ثابت کنیم که سیره متداول زمان شارع در فهم نفقه به همین صورت بوده است؛ چه اینکه این امر در حکم کلی تشریح شده دخالتی ندارد، بلکه برعکس باید گفت که اگر سیره زمان صدور نص در زمان‌های بعد تغییر کرده، سیره زمان تشریح، در استنباط حکم شرعی در زمان‌های بعد معتبر و مؤثر نیست (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۵/۴). اما اگر کارکرد سیره، شفاف‌سازی ظهور دلیل باشد، به جهت دخالت مناسبت‌های عرفی و اجتماعی مرتبط با فهم نص، در این فرض، همزمانی سیره با زمان صدور نص لازم است (همان: ۲۳۶/۴).

برخی نیز گویا هم‌عصری سیره با عصر معصوم علیه السلام را در اعتبار آن شرط دانسته و در عین حال به نحو دیگر در راستای اعتباربخشی به سیره‌های متأخر از عصر

معصومان علیهم‌السلام چاره‌اندیشی کرده‌اند. ایشان معتقدند که باید به عرف و سیرهٔ زمان تشریح توجه شود، اما اینکه الفاظ مندرج در اسناد و ادله را فقط بر مصادیق مورد نظر عرف آن عصر محدود کنیم، توجیه علمی ندارد. معانی الفاظ، واقعیت‌های کشار و قابل توسعه است. از این رو بر مصادیق نوپدید، بدون خروج از موضوع له، قابل انطباق است. این حاکی از ارتکاز وسیعی است که اهل زبان نسبت به آن معانی نوظهور دارند. درست است که مصادیق نوپیدا طبیعتاً مورد توجه تفصیلی اهل زبان در آن زمان‌ها نبوده است، لکن حضور کلی و به اجمال نزد اهل زبان وجود داشته است و این مقدار از حضور در صدق حقیقی معنا بر مصادیق جدید کفایت می‌کند (علیدوست، ۱۳۸۴: ۴۰۴-۴۰۶). بله، گاه تحولات زمانی و مکانی به صورتی رقم می‌خورد که بالوجدان برخی از مصادیق جدید یک سیره را دیگر نمی‌توان به واقع از مصادیق آن شمرد. عنصر مادی آن تغییر کرده و یا عنصر معنوی آن متزلزل گردیده است؛ «مثلاً در گذشته، سیره مردم بر مالک پنداشتن کسی بود که به حیازت و جمع‌آوری امثال هیزم می‌پرداخت یا از معدنی بهره می‌برد. این روش امروزه تغییر کرده و افرادی با تکنولوژی جدید در حد وسیعی می‌توانند به جمع‌آوری مباحات و استخراج معادن پردازند، حال اگر سیرهٔ عقلا بر این امر باشد، آیا می‌توان ادعا کرد که شرع مقدس نیز آن را امضا کرده است و به سیرهٔ موجود در عصر تشریح تمسک کرد؟<sup>۱</sup> سخنی که در اینجا می‌توان گفت این است که هر گاه این سیره به روش کنونی، حضور ارتکازی در عصر معصوم علیهم‌السلام داشته باشد، به گونه‌ای که اگر از افراد آن زمان از چنین فردی می‌پرسیدند، باز هم می‌پذیرفتند، می‌توان به این سیره تمسک کرد و چنانچه حضور اجمالی سیره را هم مثل حضور تفصیلی و عینی‌اش احراز نماییم، نمی‌توان سیره را شرعاً پذیرفت» (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۹۰/۱).

در مورد عنصر معنوی سیره عقلا، بنا بر قول مشهور که حجیت سیره را تعبدی می‌دانند، نه ذاتی و عقلایی، جزء مهم و اساسی در اعتباربخشی به سیره، همانا تأیید شارع است. آنچه اندیشمندان در آن اختلاف کرده‌اند، چگونگی و کیفیت احراز تأیید

۱. به نظر می‌رسد اصولاً در وجود عنصر مادی سیرهٔ مزبور، تغییر یا حداقل تردید ایجاد شده است. بعید است امروزه عقلا چنین فردی را مالک حساب کنند تا نوبت به تأیید شارع برسد.

شارع است. اکثر فقیهان، امضا یا دست کم عدم احراز ردع از طرف شرع را نشان از تأیید سیره دانسته‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۲۳: ۳۴۸؛ مظفر، بی تا: ۱۷۳/۲). اما برخی، عدم احراز ردع را کافی ندانسته، با تکیه بر قید التفات و توجه، بر قصد عدم منع از طرف شارع تأکید کرده و از احراز عدم ردع به جای عدم احراز ردع سخن گفته‌اند (صدر، ۱۴۱۷: ۲۴۵/۴؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۱۳۸/۲). ضمن اینکه میان سیره عقلا و سیره متشرعه در موضوع حجیت و اعتبار، تفاوت‌هایی است که توجه به آن لازم است.

در سیره متشرعه از آن جهت که ادعا می‌شود این رفتار، متکی به نقل شرعی است، پس قاعدتاً می‌بایست در یک نقطه‌ای از زمان و مکان از صاحب شریعت اخذ شده باشد. در نتیجه در پیدایش عنصر مادی سیره متشرعه، همزمانی با معصوم علیه السلام شرط است تا امکان تلقی اهل شرع از شارع نسبت به این رفتار وجود داشته باشد (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۸/۴)؛ در حالی که در سیره عقلا به نظر برخی از فقیهان از آن جهت که چنین ادعایی مطرح نیست، هم عصری سیره با شارع در برخی از موارد شرط نیست (همان: ۲۴۷/۴). وجه تمایز دیگر، در کیفیت اعتباربخشی است. اعتبار هر دو سیره بعد از تأیید شارع است، اما اتصال و هم عصری سیره متشرعه با عصر معصوم علیه السلام، احراز این تأیید را تسهیل می‌کند؛ به نحوی که سکوت شارع نسبت به سیره‌ای که در منظر اوست، به مثابه امضای تلویحی آن است (همان). اما در مورد سیره عقلا که بنا بر نظر مذکور، اتصال به زمان شارع در آن شرط نیست، باید به نحوی دیگر امضا و تأیید شارع را احراز کرد. این امر که سکوت و عدم ردع شارع نسبت به سیره‌های عقلایی متأخر از زمان وی چگونه می‌تواند تأیید تلقی شود و به چه نحو می‌توان تأیید شارع را نسبت به رفتارهای مستمر عقلایی جدید احراز کرد؟ مسئله‌ای چالشی است که در ذیل عنوان «دیدگاه‌های خاص» چاره‌اندیشی می‌شود.

### ۳-۱. دیدگاه‌های خاص در رابطه با سیره

بر این مبنا که در اعتبار سیره، تأیید شارع لازم است، جمعی از فقیهان<sup>۱</sup> در تبیین مؤلفه‌های تشکیل سیره، نظرات همسو و نزدیک به هم ارائه کرده‌اند که در عین حال با

۱. امام خمینی، شهید صدر و محمدجواد مغنیه.

نظر مشهور فقیهان تفاوت‌هایی دارد. عمده فرق میان نظرات ایشان با مشهور در موضوع لزوم و عدم لزوم اتصال سیره به زمان معصوم علیه السلام و کیفیت احراز امضا و تأیید شارع است، بعد از آنکه دیدگاه خاص و مشهور، جملگی بر اصل لزوم تأیید شارع نسبت به سیره عقلاً اتفاق نظر دارند.<sup>۱</sup>

چنان که در مبحث قبل راجع به حجیت سیره بیان شد، برخی فقیهان هم عصر بودن سیره با عصر معصوم علیه السلام را در شکل‌گیری آن اعتبار کرده‌اند (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۰؛ علیدوست، ۱۳۸۴: ۴۰۴).

شهید صدر این همزمانی و اتصال را در برخی از موارد شرط نمی‌داند و می‌فرماید: «وَأَمَّا السَّيْرَةُ الْعَقْلِيَّةُ فَيَكْفِي فِيهَا أَنْ تَثْبِتَ أَنَّ الطَّبَاعَ الْعَقْلِيَّةَ لَوْ خَلَّيْتَ وَنَفْسَهَا وَلَمْ تَرُدَّ، لَكَانَ مَقْتَضَاهَا عَمَلٌ مَا وَإِنْ كَانَ بِالْفِعْلِ لَمْ يَجْرُ أَصْحَابُ الْأَثْمَةِ وَالْعُقَلَاءُ فِي زَمَانِهِمْ عَلَى ذَلِكَ» (صدر، ۱۴۱۷: ۲۴۷/۴)؛ در سیره عقلاً همین کفایت می‌کند که ثابت کنیم چنانچه طبیعت عقلایی بشر به خود واگذار شود و منع نشود، عملکرد ثابت و مستمری را در یک موضوع اقتضا می‌کند؛ هرچند اصحاب و عقلاهی هم عصر ائمه علیهم السلام عملاً چنین رفتاری را به منصفه ظهور نرسانده باشند.

در مقابل، در مورد سیره متشرعه به سبب انتساب عمل به نقل شرعی، گویا ادعا شده آن سیره با حکم تأسیسی شرع منطبق است. بنابراین به نظر ایشان، طبیعتاً اتصال سیره متشرعه به عصر معصوم علیه السلام لازم است؛ معاصریتی که امکان تلقی و دریافت حکم شرع از شارع را فراهم می‌آورد. حال این سؤال مطرح می‌شود که این اتصال و معاصرت را چگونه می‌توان اثبات کرد؟ شهید صدر شرح مبسوطی در مورد راه‌های اثبات معاصرت سیره متشرعه با زمان معصوم علیه السلام سامان داده است.<sup>۲</sup> همزمانی سیره متشرعه

۱. چنان که قبلاً اشاره شد، به نظر می‌رسد اگر عاقلانه بودن سیره و سلوک محرز باشد، در واقع، حقیقت آن سلوک و رفتار، چیزی جز مدرکات عقل نیست که لباس سلوک و رفتار بر تن کرده است. بنابراین کاشف از دلیل عقل بوده و عقل، حجت الهی باطنی است. بنابراین تأیید شارع در این مقام در واقع ارشاد به حکم عقل است (موسوی خمینی، ۱۳۷۲: ۱۰۵-۱۰۶).

۲. برای نمونه به دو راه از راه‌های ارائه‌شده توسط شهید صدر اشاره می‌کنیم: ۱- احراز اتصال و معاصرت از طریق نقل افراد ثقه، ۲- اثبات معاصرت به دلیل فرازمان و جهانی بودن سیره که خود به روش استقرایی و بررسی همه‌جانبه جوامع مختلف به دست می‌آید؛ به نحوی که عدم وجود آن سیره در عصر معصومان علیهم السلام را دور از ذهن می‌گرداند (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۸-۲۴۱).

با عصر معصوم علیه السلام و امضا یا سکوت شارع، دو عنصر لازم در اعتبار سیره مشرعه است، اما در مورد سیره‌های عقلاییه که در تشخیص و تنقیح موضوع احکام دخیل است، به نظر ایشان هم عصر بودن با معصوم علیه السلام شرط نیست، ولی تأیید شارع لازم است. این تأیید از طریق احراز امضاء یا عدم ردع شارع حاصل می‌شود. هر چه سیره عقلا عمومی تر باشد و شارع با آن مخالف باشد، هرآینه لزوم ردع بلکه تکرار ردع از جانب شارع بیشتر مورد انتظار است. اینکه ردع و منعی به ما نرسیده است، حاکی از تأیید شارع است (همان: ۲۴۴/۴).

امام خمینی نیز معاصرت سیره با عصر معصوم علیه السلام را شرط اعتبار آن نمی‌داند. ایشان سیره عقلا و عرف را اگرچه در زمان‌های متأخر از زمان معصوم علیه السلام محقق شده باشد، به شرط عدم ردع و منع حجت می‌داند (موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۱۲۵). دو نکته بدیع در نظر ایشان ملاحظه می‌شود:

یکی اینکه تأیید شارع نسبت به سیره هم عصر، برای سیره‌های آینده که ممکن است ویژگی‌های متفاوتی داشته باشند، فایده ندارد؛ مثلاً سیره عقلا در رجوع جاهل به عالم در عصر غیبت، متفاوت از رجوع جاهل به عالم در زمان حضور معصوم علیه السلام است. اگر در زمان حضور، جاهل به عالم رجوع می‌کرد، به عالمی بود که علم وجدانی به احکام شرعی داشت؛ علمی که در پرتو مشافهه با امام معصوم علیه السلام به دست آمده بود. در حالی که همین سیره در عصر غیبت، رجوع جاهل به عالمی است که علم خود را از ظنون اجتهادی و امارات ظنیه به دست آورده است. بنابراین امضای امام نسبت به سیره هم عصر برای سیره متأخر و به ظاهر مشابه، کارساز نیست. بر این اساس باید تأیید و امضای شارع را به نحوی دیگر تحصیل کرد.

نکته دوم قابل توجه این است که ایشان شاید با تکیه به برخی از ادله نقلیه که گستردگی و شمول علم ائمه علیهم السلام را بیان می‌کند، احراز تأیید و امضای شارع را بر این مبنا استوار می‌کند. امام علیه السلام به حال و وضع زمان‌های آینده آگاهی داشته و می‌دانسته است که در زمان غیبت کبری در میان جامعه چه روش‌هایی متداول می‌شود. اگر به آن سیره‌ها خشنود نبود، هرآینه از آن منع می‌کرد، فرقی نیست بین سیره عقلایی متصل به زمان معصوم و سیره‌های بعد (همان). معاملات (امور غیر عبادی) اساساً امور عقلایی

است و تا آن زمان که شرع مقدس سیره‌ای از عقلا را ردع و تخطئه نکرده، معتبر است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۳: ۳۴۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۳: ۱۶۳/۲).

برخی نیز با تأکید بر نقش اساسی سیره عقلا در غیر عبادات معتقدند: چرخ خطابات شرعیه و تفهیم آن، در پرتو سیره و عرف می‌چرخد. ایشان لزوم امضای موردی سیره و حتی تفحص از عدم ردع یک سیره خاص را بی‌مورد و غیر ممکن دانسته و تأیید کلی سیره را ثابت شده می‌دانند.<sup>۱</sup> البته شارع هر جا لازم دانسته، سیره را قلمه زده و جرح و تعدیل نموده است و اگر این کار را نکرده، اصل بر تأیید شارع است.<sup>۲</sup> جای اشکال بر این فرمایش وجود دارد؛ زیرا بالاخره برای کشف دخالت احتمالی شارع جهت اصلاح، ناگزیر از کنکاش و فحوص از وجود و عدم وجود ردع شارع هستیم. تنها پس از بحث و فحوص از ردع و منع و نیافتن آن می‌توان بر اصالت تأیید شارع در سیره‌های متداول در ابواب غیر عبادی تکیه کرد.

### ۳-۲. جمع‌بندی و نظر مختار

با توجه به مطالب پیشین در تبیین دلیل سیره در نظر مشهور فقیهان و نظرات خاص، نگارنده معتقد است فارغ از آنکه برخی از اندیشمندان، مفاد سیره را به حکم عقل برگردانده‌اند و بر این مبنا می‌توان برای سیره بر اساس حجیت ذاتی عقل، حساب خاصی باز کرد، در عین حال، حتی اگر بر طبق مشهور مشی کرده، برگشت سیره را به تقریر معصوم و نیازمند تأیید شارع بدانیم، با وجود این، مبتنی بر نظر امام و شهید صدر که ضمن همسویی با مشهور در لزوم احراز تأیید شارع، اتصال سیره به زمان معصوم ع‌الیه‌السلام را به نحو مطلق و یا در برخی کارکردها لازم ندانسته‌اند، به نظر می‌رسد نقش سیره عقلا در خیلی از مسائل اجتماعی، فقهی و حقوقی، از جمله در معاملات و مسئولیت قراردادی، پررنگ‌تر و بیش از آن چیزی است که فقیهان و حقوق‌دانان تا کنون عرضه کرده‌اند. تجزیه و تحلیل برخی از اقوال و قوانین در ادامه مقاله، این امر را ثابت می‌کند.

۱. «لا حاجة إلى القول بأن الشارع قرّر هذا العرف أو هذا البناء ولم يردع منه ما دام الردع غير ممكن والتقرير تحصيل للحاصل» (مغنيه، ۱۹۷۵: ۲۲۲).
۲. «إنّ الشارع يقرّر ويقلمّ ويقطّع من المعروف عرفاً ما في ذلك ريب ولكن حيث تدعوا الحاجه إلى التقرير والتقليم والتطعيم» (همان).

#### ۴. سیره عقلا و مسئولیت قراردادی<sup>۱</sup>

منظور از مسئولیت قراردادی، مسئولیت جبران خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد است. خسارت‌ها در یک تقسیم سنتی که از حقوق روم اخذ شده و در بسیاری از سیستم‌های حقوقی ملی و بین‌المللی راه یافته است، به خسارت‌های واقعی<sup>۲</sup> و عدم‌النفع<sup>۳</sup> تقسیم می‌شوند (یزدانی، محبی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۰۴).

خسارت واقعی، ناظر به اتلاف مال اعم از عین یا منفعت موجود است. منفعت موجود مانند میوه درخت، سکونت منزل مورد اجاره و... در مورد مسئولیت قراردادی، اگر یک طرف قرارداد نقض تعهد کند، هزینه‌هایی که شخص متضرر در جهت اجرای تعهداتش متحمل شده، نظیر خرید مواد اولیه، جلب نظر کارشناس، مشاور و...، خسارت واقعی محسوب می‌شود.

قسم دوم، خسارت عدم‌النفع است که می‌تواند مثلاً ناشی از غصب مال، حبس انسان و یا نقض قرارداد باشد. خسارت عدم‌النفع بر اثر نقض قرارداد، مانند آنکه یک شرکت ساختمانی که به موجب قرارداد، متعهد به ساخت و تحویل ساختمان در موعد معین گردیده است، حال اگر با یک سال تأخیر تحویل دهد یا اصلاً تحویل ندهد، منفعتی را که به حسب عرف از اجرای کامل قرارداد حاصل می‌شده، تفویت کرده است. این نوع خسارت، عدم‌النفع است. البته عدم‌النفع نیز گاهی منافع قطعی و مسلم است و گاه منافع احتمالی (شانس). مسلم و قطعی نه در معنای فلسفی آن، بلکه همین که عرف به حصول آن منفعت، طبق سیر متعارف امور صحه بگذارد، مسلم تلقی می‌شود. ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ که از منافع ممکن‌الحصول تعبیر

۱. مسئولیت قراردادی به معنای وظیفه جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد است. این نهاد حقوقی، با «ضمان عقدی» موضوع ماده ۶۸۴ قانون مدنی تفاوت دارد. ضمان عقدی در معنای خاص، ناظر به «عقد ضمان» است و در معنای عام، شامل عقد ضمان، کفالت و حواله است. مسئولیت قراردادی با «ضمان معارضی» که مسئولیت طرفین عقد در ایفاء تعهدات ناشی از عقد است نیز تفاوت دارد؛ چرا که مسئولیت قراردادی، مسئولیت ناشی از نقض قرارداد است. گاهی مسامحتاً مسئولیت قراردادی و ضمان به صورت مترادف به کار می‌روند، ولی در واقع «مسئولیت از لوازم ضمان است، نه خود ضمان» (گرچی، ۱۳۶۵: ۵۳). ضمان، حکم وضعی و مسئولیت، حکم تکلیفی است.

2. Damnum emergens.

3. Lucrum cessanse.

می‌کند، همین قسم را مدّ نظر دارد.<sup>۱</sup> در مقابل، منافع محتمل عبارت است از منافعی که در صورت انجام تعهدات قراردادی، احتمال حصول آن منافع وجود دارد؛ مثل اینکه کسی ادعا کند اگر مبلغ قرارداد به موقع به او پرداخت می‌شد، می‌توانست در بانک سپرده‌گذاری کند و در قرعه‌کشی بانک برنده جایزه شود. برنده شدن در قرعه‌کشی، یک منفعت احتمالی (شانس) است. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، خسارت عدم‌المنفع را به نحو مطلق قابل مطالبه نمی‌داند، اما غالب نویسندگان حقوقی، جبران خسارت عدم‌المنفع مسلّم‌الحصول را لازم می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۶۱: ۱۴۲؛ امامی، ۱۳۹۰: ۴۰۷ و ۲۴۴). عمدتاً تحلیل حقوق دانان در این مورد آن است که عرف و سیره عقلا، از بین بردن منافع مسلّم‌الحصول به حسب متعارف را ضرر می‌دانند و جبران ضرر وارد به دیگران به لحاظ مبانی حقوقی و فقهی لازم است (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۲۵۴). این نویسندگان توضیح نمی‌دهند که عرف عام و سیره عقلا به نظر مشهور فقیهان وقتی حجیت دارد که معاصرت آن با عصر معصوم ثابت شده و نیز تأیید یا عدم ردع سیره احراز شود.

در بخش اول این مقاله با بررسی این مسئله، با اتکاء به نظر برخی از فقیهان هرچند بر خلاف مشهور، برای این مشکل چاره‌اندیشی شد و زمینه تمسک به سیره و عرف عام چه در کارکرد استقلالی آن در اثبات مسئولیت قراردادی و به ویژه خسارت عدم‌المنفع و چه در کارکرد ابزاری و آلی آن در فهم قواعد ضمان فراهم گردید؛ به نحوی که امکان تمسک به قواعد اتلاف، علی‌البد و لاضرر نیز فراهم آید. قبل از طرح تفصیلی نقش سیره در اصل و دامنه مسئولیت قراردادی، برای جلوگیری از مناقشه صغروی در باب احراز سیره، شواهد و قرائتی از قوانین برخی کشورها، اسناد بیع بین‌المللی و آراء قضایی در اثبات سیره قطعیه عقلایی در رابطه با اصل مسئولیت قراردادی و شمول آن نسبت به خسارت عدم‌المنفع قطعی بیان می‌گردد.

کشورهای پیشرو در نظام‌های حقوقی رومی - ژرمنی و کامن‌لا و بالتبع سایر

۱. به قرینه تبصره ۲ همین ماده که آن دسته از منافع ممکن‌الحصول را قابل مطالبه می‌داند که مشمول قاعده اتلاف گردد. با این پیش‌فرض که قاعده اتلاف ناظر به اتلاف مال موجود است و تنها منافع ممکن‌الحصول مسلّم را می‌توان به حسب عرف، مال موجود دانست.

کشورها که حقوقشان وامدار و الهام گرفته از حقوق آنهاست، جملگی بر لزوم جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد اتفاق دارند. اختلاف تنها در میزان و دامنه جبران خسارت است. نظام حقوقی فرانسه و سوئیس به دنبال جبران خسارت تا حدی هستند که زیان دیده را در موقعیت قبل از انعقاد قرارداد قرار دهد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۱: ۲۷). در عین حال با گسترش مبادلات تجاری و اقتصادی و اهمیت روزافزون کسب سود و منافع مالی در زندگی افراد، نظریه جبران کامل خسارت شامل ضرر از بین رفتن مال موجود و عدم النفع، مورد اقبال نظام حقوقی فرانسه قرار گرفت (Bell et al., 1998: 349)، تا حدی که بند ۲ ماده ۱۲۳۱ قانون جدید فرانسه مصوب سال ۲۰۱۶، متعهدله را مستحق دریافت منافع از دست رفته بر اثر نقض قرارداد دانسته است (بزرگمهر و مهرابی، ۱۳۹۵: ۶۱). حقوق انگلیس و آمریکا در راستای نظریه جبران «غرامت کامل»<sup>۱</sup> به دنبال قرار دادن زیان دیده در موقعیت بعد از اجرای قرارداد هستند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۱: ۲۷؛ رهپیک، ۱۳۷۹: ۲۷؛ Duxbary, 1994: 95).

مهم تر از موارد مذکور، کنوانسیونها و اسناد بیع بین المللی است که تبلور خرد جمعی محسوب می شود. در سند اصول قراردادهای تجاری بین المللی<sup>۲</sup> در ماده ۲-۴-۷ در ذیل عنوان «غرامت کامل»، بر لزوم جبران خسارت های ناشی از عدم اجرا از آن جمله هر نفعی که زیان دیده از آن محروم شده، تأکید شده است. در ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین المللی<sup>۳</sup> کالا نیز متضمن پرداخت خسارت های عدم النفع است (Fountoulakis, 2011: Vol. 12, Issue 1). در اصول اروپایی حقوق قراردادهای بین المللی (PECL) نیز همین نظر پذیرفته شده است (Radley-Gardner, 2003: 391). چنان که ملاحظه می شود، نوعی اتفاق در رابطه با لزوم جبران خسارت عدم النفع قطعی وجود دارد. آنچه اتفاقی نیست، جبران خسارت های احتمالی (شانس) است که به ندرت برخی از قوانین مانند بند ۲ ماده ۳-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بی المللی از لزوم آن دم زده اند.<sup>۴</sup>

1. Full compensation.
2. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. (UPICC).
3. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).
4. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. (UPICC).

رویه قضایی و داوری بین‌المللی نیز تا حدودی بر طبق اتفاق مذکور شکل گرفته است؛ مثلاً دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده «شرکت چوب لیبریای شرقی علیه لیبریا»، به خسارت عدم‌النفع حکم کرده است (Robert H. May v. Guatemala, 1900: 47-75). دیوان داوری ایکسید<sup>۱</sup> نیز در پرونده «لتکو علیه لیبی» به خسارت عدم‌النفع<sup>۲</sup> رأی داد (Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, 1986: para. 374). در مقابل، رویه قضایی و داوری بین‌المللی به خسارت‌های عدم‌النفع احتمالی رأی نمی‌دهند؛ مانند رأی صادره از سوی دیوان داوری ایران - آمریکا در پرونده «لویت علیه ایران» (William J. Levitt v. Iran, 1987: para. 56).

بررسی این موارد به خوبی از وجود یک عرف عام و سیره عقلایی فراگیر در اصل مسئولیت مدنی قراردادی و نیز لزوم جبران خسارت‌های عدم‌النفع مسلم حکایت دارد.<sup>۳</sup> ضمن اینکه طبق مطالب ثابت‌شده در بخش‌های قبل، این سیره قطعی مورد تأیید شرع، حداقل در قالب عدم ردع است و همین مقدار برای ما کافی است. اما قوانین ایران وضعیت نسبتاً آشفته‌ای دارد. در لابه‌لای قوانین، بر نقش عرف و سیره در معاملات قراردادهای و تعهدات تأکید شده است؛ مانند مواد ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۵ و ۳۴۴ قانون مدنی. در عین حال، اساس مسئولیت قراردادی را منوط به اشتراط صریح یا ضمنی کرده است (ماده ۲۲۱ قانون مدنی). این امر اشکالاتی دارد که در ادامه به آن اشاره می‌شود. در مورد خسارت عدم‌النفع، وضعیت پیچیده‌تر است. اختلاف قوانین در این زمینه حتی منجر به آراء متناقض در دادگاه‌ها شده است.<sup>۴</sup> این موضوع نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد با توجه ویژه به سیره عقلایی و بازخوانی مبانی مسئولیت قراردادی در پرتو آن، می‌توان اصلاح قوانین را پیشنهاد کرد.

۱. دیوان داوری بین‌المللی راجع به سرمایه‌گذاری.

۲. منافع آینده تفویض شده.

۳. هرچند این سیره امروزه طی فرایند تدوین، به شکل قانون داخلی و بین‌المللی درآمده است، در عین حال، شاهدی قوی بر وجود عرف عام در این رابطه است. «حکم عرف درباره لزوم جبران خسارت چنان قطعی و عام است که به دشواری می‌توان نمونه‌ای آورد که نقض عهد بشود و عرف، مدیون عهدشکن را مسئول جبران خسارت نداند» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۶۹/۴).

۴. نمونه‌ای از آراء در مبحث بعد ذکر می‌شود.

#### ۴-۱. تحلیل مواد ۲۲۱ ق.م. و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹

ماده ۲۲۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است؛ مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده، و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».

تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی:

«خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و...».

مسئولیت مدنی قراردادی طبق ماده ۲۲۱ قانون مدنی، منوط به اشتراط صریح یا ضمنی عرفی گردیده است. این امر در واقع در دایره قاعده «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۱</sup> تدوین گردیده است. پر واضح است که ایراد خسارت به دیگری اگر مشمول اتلاف و تسبیب گردد، هرچند ناشی از نقض تعهد و قرارداد باشد، باید جبران خسارت شود و ماده ۲۲۱ قانون مدنی ناظر به آن نیست. مقنن این مطلب را در صدر ماده ۵۱۵ آیین دادرسی بیان داشته است،<sup>۲</sup> اما فارغ از اسباب ضمان قهری، سؤال این است که چرا مقنن، مسئولیت قراردادی را وابسته به اشتراط صریح یا ضمنی کرده است؟ با توجه به مبحث قبل، امروزه کسی در سیره و عرف بودن لزوم جبران خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد تردید ندارد. آیا مقنن نسبت به عنصر مادی یا معنوی سیره تردید داشته است یا سیره عقلا را به عنوان دلیل معتبر نمی‌داند؟ احتمال دوم مردود است؛ زیرا در مواد قانون مدنی به نقش بسزای سیره و عرف در موضوع معاملات اذعان گردیده است (مواد ۲۲۰، ۲۲۵، ۳۴۴ و...). به نظر می‌رسد برای مقنن در زمان وضع قانون، وجود عنصر مادی یا معنوی سیره در موضوع مسئولیت قراردادی مبنی بر لزوم عرفی جبران خسارت ناشی از

۱. قاعده «المؤمنون عند شروطهم» بر اساس روایاتی با این مضمون و برخی عمومات قرآنی که بر لزوم عمل به شروط و تعهدات طرفین قرارداد تأکید می‌کند (موسوی، ۱۳۹۲: ۴۶۵).

۲. ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی: «خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به طور مستقل، جبران خسارت ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را... از باب اتلاف و تسبیب از خواننده مطالبه کند».

نقض قرارداد محرز نبوده است. اینک کلام در این است که امروزه با توجه به اثبات عنصر مادی سیره در این خصوص که در مبحث قبل بیان شد و اثبات اعتبار سیره به مثابه عنصر معنوی که در بخش اول این مقاله به طور مبسوط بیان گردید، آیا ابقاء ماده ۲۲۱ قانون مدنی به این شکل و محتوا وجهی دارد؟ به نظر می‌رسد جواب منفی است؛ زیرا سیره قطعی عقلایی بر لزوم جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد محرز است. اعتبار این سیره نیز بر طبق مبنای مختار در این مقاله مورد قبول می‌باشد. پس ما در باب سیره، بنا بر یک مبنا با یک حکم شرعی عقلی، و یا بنا بر مشهور با حکم شرعی امضایی روبه‌رو هستیم که بر فعل آن ثواب و بر ترک آن عقاب مترتب است. بر این بنیان می‌توان گفت که مشروط کردن وجوب جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد به شرط ارتكازی عرفی در این خصوص، تحصیل حاصل است. زیاده بر آن، مشروط کردن وجوب جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد به اشتراط صریح طرفین عقد، وجه صحیحی ندارد؛ چه اینکه این امر، در واقع منوط کردن حکم امضایی وجوب شرعی به اشتراط طرفین بوده که شرط خلاف شرع و طبق ماده ۲۳۲ قانون مدنی باطل است. خلاف شرع از این جهت که اختیار حکم شرعی به دست مکلفان نیست که مثلاً با اشتراط طرفین عقد، وضع، و با عدم اشتراط، رفع گردد.

حال اگر گفته شود خود ماده ۲۲۱ پذیرفته که در صورت وجود عرف و سیره در باب مسئولیت قراردادی، آن عرف لازم‌الاجراست و همین کفایت می‌کند، در جواب می‌گوییم: در فرض وجود سیره قطعی در خصوص اصل مسئولیت قراردادی، که یک حکم امضایی شرعی در وجوب آن را به دنبال دارد، اولاً اشکال مربوط به تشریح باطل بر اثر مشروط کردن وجوب، به اشتراط طرفین باقی است. ثانیاً تقنین به نحو تعلیقی که اگر عرفی هست، لازم‌الرعايه باشد و اگر نیست، نباشد، مغایر با شفافیت و صراحت قانون بوده و افزون بر آن، به طولانی شدن مراحل قانونی و قضایی در احراز مؤلفه‌های مادی و معنوی سیره و عرف و نیز ابهام در تعیین متصدی احراز امر مزبور می‌انجامد. در مجموع بر مبنای وجود سیره، ناگزیر از اصلاح این ماده و ارائه ماده ۲۲۱ اصلاحی مثلاً به این مضمون می‌باشیم: «نقض تعهد و قرارداد موجب مسئولیت است». میزان و حدّ مسئولیت نیز بر اساس سیره به همین ترتیب قابل تعیین است. اما قوانین ایران از این

بابت هم وضعیت پریشانی دارد. ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، جبران خسارت عدم‌النتفع ممکن‌الحصول را لازم برمی‌شمرد. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی، خسارت عدم‌النتفع را غیر قابل مطالبه می‌داند. نگارنده این مقاله معتقد است که تبصره ۲ ماده ۵۱۵ صحیح نیست. از راه‌های مختلف می‌توان این ادعا را ثابت کرد و لزوم اصلاح آن را خواستار شد. برخی از قضاات تلاش کرده‌اند با استعانت از مبانی مسئولیت مدنی و برخی از قوانین نظیر مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی، راه حلی بیابند.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد اگرچه در ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری موضوع خسارت عدم‌النتفع ناشی از جرم مطرح شده است، اما ملاکاً فرقی با خسارت عدم‌النتفع حاصل از نقض قرارداد ندارد. در نتیجه بین دو ماده مزبور تعارض وجود دارد. حال اگر ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری را ناظر به منافع مسلم‌الحصول بدانیم<sup>۲</sup> و در مقابل، تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی را منصرف به منافع احتمالی و غیر قابل مطالبه تلقی کنیم، ضمن اینکه ماهیتاً حرف درستی است، اما با اطلاق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ سازگار نیست. بنابراین آنچه مشکل را ریشه‌ای حل می‌کند، توجه به مبانی و ادله‌ای است که مقنن را به نظریه عدم امکان مطالبه خسارت عدم‌النتفع سوق داده است. بازخوانی این مبانی با محوریت سیره عقلا، نظریه لزوم مطالبه خسارت عدم‌النتفع قطعی و مسلم در قالب قرائت جدید از همان مبانی را تقویت می‌کند و لزوم بازنگری در مواد مذکور را اقتضاء می‌کند.

## ۲-۴. سیره عقلا و خسارت عدم‌النتفع

باید توجه داشت هر آنچه در مورد اثبات اصل مسئولیت قراردادی با کمک سیره

۱. قاضی شعبه ۱۹ دادگاه عمومی مشهد در رأی خود، به خسارت عدم‌النتفع حکم کرده و در استدلال خود تلاش کرده با کمک مبانی مسئولیت مدنی، اطلاق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی را زیر سؤال ببرد و به نحوی میان ماده ۹ آیین دادرسی کیفری و تبصره مذکور توازن ایجاد کند (دادنامه ۱۳۸۵/۱۲۲۴/۵۱۱۲۴/۹۹۷۷۵/۲۷/۹/۸۹/۹ مقاله عدم‌النتفع و یک دادنامه در وبگاه رساله حقوق به نشانی: <http://rthoghough.com>، ۱۳۹۱/۱۲/۱۷).

۲. تبصره ۲ ماده ۱۴، آن دسته از منافع ممکن‌الحصول را قابل مطالبه می‌داند که مشمول قاعده اتلاف باشد. این شاهد خوبی بر تفسیر مذکور است؛ چرا که موضوع قاعده اتلاف، مال موجود اعم از عین یا منفعت است و عرف و سیره، منافع ممکن‌الحصول قطعی را مال موجود می‌داند (مروی، ۱۳۹۲: ۶۹).

عُقلا در دو بحث قبل بیان شد، در مورد خسارت عدم‌النفع قطعی نیز جاری است. مؤلفه مادی سیره عُقلا مبنی بر ضرر دانستن خسارت عدم‌النفع مسلم و جبران خسارت ناشی از آن به وضوح اثبات شد. عنصر معنوی لازم برای اعتبار سیره نیز مطابق مختار نگارنده در بخش‌های قبل وجود دارد.<sup>۱</sup> در نتیجه خسارت‌های عدم‌النفع قطعی که به حسب متعارف قابل حصول است، باید جبران شود. وجود سیره در این خصوص طبق توضیحات گذشته که از تکرار آن صرف‌نظر می‌کنیم، برای اثبات این مدعا کفایت می‌کند. در عین حال حتی اگر اشعار برخی از فقیهان را - مبنی بر اینکه اسباب ضمان در فقه، منحصر در «قاعده اتلاف» و «قاعده علی‌الید» است (موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۷۳) -، لحاظ کنیم، باز می‌توان نظریه لزوم جبران خسارت عدم‌النفع قطعی را در چهارچوب این قواعد (اتلاف، علی‌الید) و نیز قواعد دیگر نظیر قاعده لاضرر و احترام مال مسلم با تکیه بر نقش ابزاری سیره، دنبال و تقویت کرد. رویکرد کلی مقاله حاضر در جهت اثبات نظریه وحدت مبانی مسئولیت و شمول ادله ضمان در حقوق اسلامی نسبت به انواع مسئولیت‌های مدنی مصطلح است.

### ۴-۳. دیدگاه فقیهان در خسارت عدم‌النفع

این موضوع در کتاب‌های فقهی در ذیل کتاب «اجاره» در موضوع اجاره اشخاص و تقویت منافع شخص اجیرشده، مورد بررسی قرار گرفته است.<sup>۲</sup> در تقویت منافع مسلم‌الحصول عرفی آینده، تفاوتی بین منافع عمل انسانی که فرضاً حبس شده و منافع

۱. از مجموع روایات مختلف در خصوص ضمان و نفی ضرر به طور کلی، تأیید شارع نسبت به سیره عُقلا در لزوم جبران خسارت عدم‌النفع قابل درک است. تعدادی از آیات (برای نمونه ر.ک: بقره / ۲۳۱-۲۳۳ و ۲۸۲) و روایات مختلف (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷: ۳۵۰/۷؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۵۵/۴؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۷/۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲۸/۲۵) در اثبات نفی ضرر و لزوم ضمان وجود دارد. بی‌شک می‌توان با الغای خصوصیت، قاعده عامی مبنی بر حرمت هر گونه ضرر به غیر را به دست آورد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۳۱/۱؛ جعفری، ۱۴۱۹: ۹۳). ملائمت شرع با بناء عُقلا بر نفی ضرر و وجوب جبران خسارت ناشی از آن انکارناپذیر است. مرجع تشخیص ضرر و زیان عرف است.

۲. امروزه به عنوان نمونه و مصداق برای این موضوع می‌توان به بازداشت‌های موقت و توقیف‌هایی احتیاطی توسط پلیس و یا احياناً زندان‌های چه‌بسا درازمدت که پس از رسیدگی به اتهامات، منجر به قرار منع پیگرد و حکم برائت شده، اشاره کرد. این افراد در مدت بازداشت بی‌دلیل خود که گاهی از بیست ماه هم متجاوز بوده، متحمل خسارات زیادی شده‌اند (برای ملاحظه آمارهای قابل تأمل، ر.ک: حجازی، ۱۳۴۱).

ناشی از نقض قرارداد نیست. ملاک آن دو یکی است. هر حکمی که تفویت منافع مورد انتظار از عمل انسان، از جهت مسئولیت مدنی و ضمان داشته باشد، تفویت منافع مورد انتظار از قرارداد نقض شده نیز دارد؛ زیرا موضوع، تفویت منافع مسلم الحصول به حسب متعارف است. بنابراین پس از ذکر اقوال فقیهان در رابطه با تفویت منافع انسان و بررسی استدلال موافقان و مخالفان مسئولیت، وضعیت خسارت عدم النفع حاصل از نقض قرارداد نیز روشن می‌شود.

برخی از فقها در خصوص خسارت عدم النفع یا منافع مسلم الحصول تفویت شده آینده به عدم ضمان حکم کرده و نسبت به آن ادعای اجماع کرده‌اند (همان؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۰/۱). در عین حال برخی دیگر، به ضمان و مسئولیت فتوا داده‌اند (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۶۱۷؛ همو، ۱۴۱۵: ۲۵۰). برخی نیز میان تفویت منافع انسان شاغل صاحب درآمد و غیر آن تفصیل داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۳۸/۵؛ موسوی خمینی، بی تا: ۴۹۸/۱؛ موسوی خوبی، ۱۳۶۸: ۳۶/۲). فقیهانی که به عدم مسئولیت حکم داده‌اند، اجمالاً معتقدند که اسباب ضمان مشخص است و خسارت عدم النفع حتی در نوع ممکن الحصول قطعی به وسیله هیچ یک از آن‌ها قابل اثبات نیست. به نظر می‌سد اگر استدلال این بزرگان را بتوان پاسخ گفت، خسارت عدم النفع قطعی، مشمول ادله ضمان خواهد شد. در این راستا، قواعد و ادله ضمان با تکیه بر سیره عقلا بازخوانی می‌شود. در صورت اثبات حکم وضعی ضمان، این امر مستلزم حکم تکلیفی لزوم جبران خسارت است که در نتیجه مسئولیت مدنی قراردادی اثبات می‌گردد.

#### ۴-۴. سیره و قاعده اتلاف در اثبات خسارت عدم النفع

یکی از مبانی مسئولیت مدنی، قاعده اتلاف است. برخی از فقیهان، قاعده اتلاف را یک قاعده اصطیادی می‌دانند که از تعدادی روایت متضمن مفهوم این قاعده به دست می‌آید (موسوی خوبی، ۱۳۶۸: ۱۳۱/۳). برخی دیگر مبنای قاعده اتلاف را سیره عقلا

۱. در یک تقسیم فقهی، انسان به عبد و حرّ، و انسان حرّ به کسوب و غیر کسوب تقسیم می‌شوند. اما امروزه چون موضوع عبد و آمه منتفی است، موضوع منحصر به انسان کسوب و غیر کسوب به مفهوم فرد شاغل صاحب درآمد و غیر آن است. قول به تفصیل، تفویت منافع کسوب و غیر کسوب را یکسان نمی‌داند.

دانسته و به این لحاظ معتقدند که حوزه مسئولیت ناشی از قاعده، بسیار گسترده‌تر است از آنکه مبنای قاعده را ادله لفظیه بدانیم؛ زیرا دامنه شمول قاعده را نیز طبعاً عرف عقلا تعیین می‌کند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۸۵/۳). در عین حال به نظر می‌رسد حتی اگر مبنای قاعده را فقط ادله لفظیه بدانیم، باز از آن جهت که چرخ خطابات شرعیه و تفهیم و تفهم آن در پرتو سیره و عرف می‌چرخد (مغنیه، ۱۹۷۵: ۲۲۲)، می‌توان با تکیه بر نقش آلی و ابزاری سیره عقلا در فهم واژه‌های قرآنی و روایی که برخی از فقها بر آن تأکید دارند (صدر، ۱۴۱۷: ۲۴۳/۴)، دامنه شمول قاعده اتلاف را معین کرد. مفهوم قاعده، آن است که اگر کسی مال دیگری را تلف کند، مسئول جبران خسارت است.<sup>۱</sup> مالیت باید احراز شود و می‌دانیم که مالیت یک عنوان انتزاعی است، مانند فوقیت که از یک منشأ خارجی انتزاع می‌شود (مروی، ۱۳۸۲: ۶۹). حال سؤال این است که منافع تفویض شده آینده که هنوز تحصیل نشده و یک امر معدوم است، چگونه می‌تواند منشأ انتزاع مالیت گردد؟ پاسخ آن است که امور انتزاعی لزوماً از یک امر وجودی خارجی انتزاع نمی‌شوند، بلکه ممکن است از یک امر وجودی اعتباری به اعتبار عقلا انتزاع گردند. بی‌شک عقلا، منافع مسلم‌الحصول عرفی را ارزش‌گذاری کرده و برای آن مالیت قائل‌اند. شاهد این اعتبار عقلایی آن است که در ازاء آن، مال پرداخت می‌کنند (همان). برخی از فقیهان، منافع تفویض شده را مال می‌دانند در عین حال از جهت دیگر، قاعده اتلاف را در آن جاری نمی‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۴۰/۵، حاشیه آقاضیاء عراقی؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۷۰). این قول در چند سطر بعد بررسی می‌شود.

آیه‌الله خویی ضمن اینکه مالیت منافع را قبول دارد، در عین حال قاعده اتلاف را در مورد منافع تفویض شده مورد انتظار جاری نمی‌داند. به نظر ایشان، قاعده اتلاف ناظر به اتلاف مال بالفعل و موجود است؛ چرا که هر کلمه، در فعلیت آن ظهور دارد؛ مثلاً اگر مولا فرمود: «أكرم العلماء»، حکم شامل عالم بالفعل است، نه عالم بالقوه. منافع قبل از تحقق خارجی، مال بالفعل و موجود نیست. قاعده اتلاف مال، اتلاف مال بالفعل را ضمان آور می‌داند. اتلاف از قبیل رفع است، چنان که اگر شخصی، اتومبیل موجود را

۱. «من أتلف مال الغير فهو له ضامن».

آتش بزند و از بین ببرد، می‌توان گفت که اتلاف کرده است، اما تفویت منفعت ممکن‌الحصول از قبیل دفع است. در واقع از ایجاد منافع منع کرده است. این را نمی‌توان اتلاف دانست (موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۷۳).

از این استدلال می‌توان چنین پاسخ داد: قبول داریم که قاعده، ناظر به اتلاف مال بالفعل است اما فعلیت هر چیز به حسب خودش است و متعاقباً اتلاف هر چیز به حسب خود. منافع، وجود متصرم دارد؛ به این معنا که لحظه به لحظه در طی زمان، ایجاد می‌شود هر لحظه که یک منفعت، استعداد تام برای وجود پیدا کرد، منع از این منفعت به حسب عرف و سیره عقلا، عین اتلاف مال بالفعل است (مروی، ۱۳۸۲: ۶۹). جالب اینکه آن فقیه بزرگ که منافع عمل انسان حبس شده را مال بالفعل و مشمول قاعده اتلاف نمی‌داند، در نظیر آنکه منفعت عین باشد، قاعده اتلاف را جاری می‌داند (موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۷۳). تعلیل مذکور در نظر ایشان قابل توجه است؛ چنان که اگر فردی مثلاً سوئیچ اتومبیل زید را غصب کند و به مالک ندهد، ضامن منافع مدت غصب است؛ چرا که استعداد و اقتضاء تام برای بهره‌برداری از اتومبیل وجود دارد و غاصب جلوی آن منفعت را گرفته و در نتیجه به سبب قاعده اتلاف، ضامن است. اشکال و سؤال این است که چه فرق است بین منفعت عین و عمل انسان و منفعت قرارداد وقتی اقتضاء و استعداد تام برای حصول منفعت وجود دارد؟<sup>۱</sup> فرض این است که شخص، توان و اراده انجام عمل را دارد یا فرد متعهد به انجام تعهدات قراردادی، توان، اراده بلکه الزام به ایفاء تعهد را دارد، در نتیجه استعداد تام و کامل برای موجودیت عمل و منافع وجود دارد. همین مقدار کافی است تا عرف، آن عمل و منافع

۱. البته تفویت منافع زمانی مال بالفعل و اتلاف آن، ضمان‌آور است که اقتضاء و استعداد آن منافع وجود داشته و به حسب سیره عقلا مسلم‌الحصول باشد. عرف هیچ‌گاه منافی را که اقتضاء تام ندارد، مال بالفعل نمی‌داند. بنابراین به موجب قاعده اتلاف، ضمان آن ثابت نمی‌شود. لذا برخی از فقیهان فرموده‌اند: عدم حصول منافع به جهت قصور مقتضی (نه منع مانع) موجب ضمان نیست و اگر شک هم داشته باشیم، اصل بر عدم ضمان است (مروی، ۱۳۸۲: ۶۹)؛ مثلاً یک کارگر بنایی را اگر حبس کنند، نمی‌تواند ادعا کند که اگر آزاد می‌بودم، یک دست کت و شلوار می‌دوختم. تفویت چنین منفعتی ضمان‌آور نیست؛ زیرا مقتضی آن در کارگر بنایی وجود ندارد. همچنین است منافع احتمالی و دور یک قرارداد نقض شده که اقتضاء آن به حسب سیره و عرف وجود نداشته و از آن به شانس تعبیر می‌شود. مسئولیت قراردادی در این فرض وجود ندارد.

را مال موجود بدانند. در واقع اگر اقتضاء تام وجود داشته باشد، آن عمل و منافع را عرفاً می‌توان دارایی بالفعل متعهدله تلقی نمود.

آقاضیاء عراقی و محقق اصفهانی در مالیت منافع بحثی ندارند؛ اما قاعده اتلاف را اساساً مربوط به اتلاف ملک می‌دانند، در حالی که منافع، ملک نیست. پس تفویت آن مشمول قاعده اتلاف و ضمان‌آور نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۴۰/۵؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۷۰). در تبیین این نظر چنین استدلال شده که مالکیت، یا تکوینی و یا اعتباری عقلایی است. مالکیت و سلطه تکوینی بر شیء، نتیجه خلق آن است، اما مالکیت اعتباری محصول خلق یک شیء نیست، بلکه سلطه و مالکیتی است که عقلاً و عرفاً برای یک شخص به جهت پاره‌ای از فعالیت‌ها و تلاش‌ها و ایجاد رابطه معقول با یک شیء اعتبار می‌کنند؛ مانند حیازت مباحات، خرید و فروش و ...

در مورد منافع تفویت شده از عمل انسان چنین استدلال می‌شود: سلطه انسان بر اعضای بدنش، رابطه مالکیت تکوینی نیست، از آن جهت که خالق آن‌ها نیست. رابطه مالکیت اعتباری هم نیست؛ زیرا انسان برای تصاحب آن اعضاء، تلاش و کوششی که شایسته مالکیت اعتباری عقلایی گردد، نکرده است. حال که انسان، مالک اعضاء نیست، به طریق اولی مالک منافع اعضاء نیز نمی‌باشد. در نتیجه تفویت آن منافع اتلاف ملک غیر و ضمان‌آور نیست (همان). این استدلال را به نحو مذکور نمی‌توان در مورد تفویت منافع قرارداد مطرح کرد، اما حداقل می‌توان در مالکیت طرفین قرارداد نسبت به منافع تفویت شده تشکیک کرد. چنانچه قاعده اتلاف را ناظر به اتلاف ملک بدانیم، جای این اشکال است که اطلاق ملک بر تعهدات طرفین یک قرارداد، محل تردید است. همین مقدار کافی است تا بنا بر نظر فوق، در جریان قاعده اتلاف خلل ایجاد شود و در نتیجه، ضمان در خصوص منافع تفویت شده قرارداد قابل اثبات نباشد.

پاسخ دیدگاه مزبور با تکیه بر سیره عقلا این است که مالکیت به هر دو قسم آن (تکوینی و اعتباری) نسبت به منافع انسان وجود دارد، هرچند نسبت به اعضای بدن وجود نداشته باشد. دلیل، سیره عقلا و عرف است. انسان بر اعمال سرزده از اعضایش و طرفین قرارداد بر منافع حاصل از قرارداد، هم مالکیت تکوینی دارند و هم مالکیت

اعتباری. در واقع در مورد منافع انسان، این اولویت را قبول نداریم که اگر شخص، مالک اعضایش نیست، پس به طریق اولی مالک اعمال سرزده از جوارح و اعضایش نیست. این طور نیست که اگر شخص، مالک اصل نبود، مالک فرع هم نباشد. چنان که می‌توان ملاحظه کرد، شخص مستأجر مالک عین نیست، اما مالک منافع است. بی‌شک اعمال انسان به واسطهٔ اعضاء و جوارح به وجود می‌آید و نیز منافع یک قرارداد توسط طرفین آن و از طریق عمل به تعهدات مندرج در آن به وجود می‌آید. پس انسان، ایجادکنندهٔ آن اعمال و خالق آن منافع و در نتیجه مالک آن به ملکیت تکوینی است؛ چنان که شخصی که یک تابلوی نقاشی را خلق می‌کند، هرچند مالک اعضایش نیست، اما مالک آن اثر هنری است.

از طرف دیگر، مالکیت اعتباری نیز وجود دارد. فردی که با یک بیمل مکانیکی غیرشخصی، زمینی را حیازت می‌کند، عرف عقلا وی را مالک زمین می‌داند، هرچند مالک وسیلهٔ حیازت نیست. به همین ترتیب، بر اساس سیرهٔ عقلا، مالکیت نسبت به منافع قرارداد نیز قابل تصور و تفویت آن، حتی اگر مصب قاعده را در مورد ملک بدانیم، مشمول قاعدهٔ اتلاف و ضمان آور خواهد بود؛ زیرا از آن جهت که طرفین قرارداد، قانوناً ملزم به انجام تعهدات قراردادی خود هستند و به حسب متعارف این تعهدات، محقق خواهد شد، عرف عقلا یک نحوه مالکیت برای طرفین نسبت به منافع ممکن الحصول قطعی قائل است. بنابراین با پذیرش قول این دسته از فقیهان نیز مسئولیت نسبت به منافع مسلم عرفی به وسیله قاعدهٔ اتلاف قابل اثبات است.

#### ۴-۵. سیره و قاعدهٔ علی‌البد در اثبات خسارت عدم‌النفع

آیهٔ الله خویی اسباب ضمان در فقه را منحصر در قاعدهٔ اتلاف و علی‌البد می‌داند. (موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۷۳). ایشان تفویت منافع ممکن‌الحصول را مشمول این دو قاعده و ضمان آور نمی‌داند؛ چرا که قاعدهٔ اتلاف مربوط به اتلاف مال موجود است و خسارت‌های عدم‌النفع از این قبیل نیست.<sup>۱</sup> به این استدلال پاسخ داده شد. در جریان

۱. هرچند ایشان در جای دیگر، قول به تفصیل را اختیار کرده است؛ تفصیل بین انسان حرّ شاغل و صاحب درآمد و غیر آن. در قسم اول به استناد سیرهٔ عقلا که تفویت عمل در این قسم را تفویت منافع ممکن‌الحصول قطعی و ضمان آور می‌داند، قاعدهٔ اتلاف را جاری می‌داند (موسوی خویی، ۱۳۶۸: ۳۶/۲).

قاعده علی‌الید<sup>۱</sup> نیز به همین منوال، مفاد قاعده را «ضمان به سبب وضع ید بر شیء موجود» می‌داند. در خسارت عدم‌النفع بحث از منافی است که هنوز به وجود نیامده که قابل اخذ باشد. پس نمی‌توان بحث مسئولیت را در قبال چیزی که در دست و سلطه نیست مطرح کرد (همان).

از این استدلال نیز به طریق سابق و تمسک به سیره عقلا در تشخیص موضوع، پاسخ داده می‌شود. منظور از «ید» قطعاً همین عضو بدن نیست. ید کنایه از استیلاء است، نه وضع ید در ظاهر. بنابراین اگر کسی منزلی را غصب کرد، محل جریان قاعده علی‌الید است. عرف عقلا اخذ هر چیز را به حسب خودش می‌داند. از طرف دیگر، اگر گفته شود که منافع شخص یا قرارداد، یک وجود بالقوه است و تا بالفعل نشود، قابل استیلاء نیست، می‌گوییم: به همان نحوی که در مورد حبس و تفویت منافع عین، آن فقیه بزرگوار، استیلاء به حسب عرف را قابل تصور دانسته و به ضمان به سبب قاعده علی‌الید حکم کرده است (همان: ۵۴)، این قول در مورد هر منفعت تفویت‌شده، چه ناشی از حبس غیر قانونی شخص باشد یا ناشی از نقض قرارداد، جریان دارد. استیلاء از امور انتزاعیه است که از توانایی شخص بر تصرف در مستولی‌علیه انتزاع می‌شود. این استیلاء بر عین، شخص و قرارداد بالاصاله، و در مورد منافع حاصل از آن‌ها بالتبع است (مروری، ۱۳۸۲: ۷۱). فردی که عینی را غصب کرده یا فردی را حبس کرده و یا قراردادی را تعهد کرده، بر آن عین، شخص و قرارداد، استیلاء و سلطه دارد. بالتبع بر منافع آن‌ها استیلاء دارد. در نتیجه، چنان که ضامن عین، شخص و قرارداد است، ضامن تفویت منافع آن‌ها نیز هست؛ آن منافی که در استیلاء و سلطه تبعی او بوده و تفویت کرده است. همان طور که خلع ید، رفع حبس و اجرای تعهد به حصول منافع عین، شخص و قرارداد می‌انجامد، غصب، حبس و نقض قراردادی که در ید قدرت اوست، به دلیل قاعده علی‌الید، موجب مسئولیت است.

۱. قاعده‌ای با مضمون «علی‌الید ما أخذت حتی تؤدی» که اجمالاً به معنای مسئولیت و ضمان شخص نسبت به آن چیزی از مال دیگری است که به قهر و غلبه در دست دارد و تحت سلطه اوست (ر.ک: موسوی، ۱۳۹۲: ۱۷۷).

#### ۴-۶. سیره و قاعده احترام مال مسلم در اثبات خسارت عدم النفع

برخی از فقیهان با استفاده از ادله نقلیه، یکی از اسباب مسئولیت و ضمان را قاعده احترام مال مسلمان می‌دانند (نجفی، ۱۳۹۲: ۲۴۶/۲۷). بنا بر آنچه در دو مبحث قبل (قاعده اتلاف و علی‌البد) در رابطه با مالیت منافع تفویت شده مسلم الحصول به حسب سیره عقلا بیان گردید و از تکرار آن خودداری می‌کنیم، قاعده احترام مال مسلم، علاوه بر اثبات ضمان نسبت به عین مال، ضمان تفویت منافع قطعی ناشی از آن به حسب عرف را نیز ثابت می‌کند و به وحدت ملاک، تفویت منافع مورد انتظار قطعی ناشی از قرارداد هم مشمول این قاعده خواهد بود. این نکته را نیز باید در نظر داشت که ورود این قاعده در خصوص شخص مسلمان است. در نتیجه این قاعده در مقام اثبات ضمان به طور مطلق نیست.

#### ۴-۷. سیره و قاعده لاضرر<sup>۱</sup> در اثبات خسارت عدم النفع

برخی فقها، تفویت منافع مسلم را اضرار به غیر و موجب ضمان می‌دانند (وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۶۱۷؛ همو، ۱۴۱۵: ۲۵۰). دلیل این مدعا، قاعده لاضرر به ضمیمه ضرر دانستن منافع مسلم تفویت شده در نزد عرف و سیره عقلاست (همان). معیار صدق ضرر، تفاهم عرف عقلاست که در مورد خسارات عدم النفع زمانی که عرفاً مسلم الحصول باشد، وجود دارد<sup>۲</sup>

۱. مفاد این قاعده حاکی از آن است که اسلام، ضرر رساندن به دیگران را برتائیده و از آن نهی کرده است. مبنای این قاعده، ادله نقلی و عقلی است. عقل به طور قطع بر ممنوعیت اعمال زیانبار برای دیگران به هر شکل از اشکال و لزوم جبران خسارت حکم می‌کند (جعفری، ۱۴۱۹: ۹۶؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۳۱/۱؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۵: ۲۵۰؛ رشتی، ۱۳۲۴: ۵۴). سیره عقلا که بر مبنای عقل و کاشف از آن است نیز بر ترک ضرر رساندن به دیگری و لزوم جبران خسارت ناروا به نحو عام و شامل وجود دارد که در این مقاله به نمونه‌هایی در ذیل عنوان «سیره عقلا و مسئولیت قراردادی» اشاره گردید. آیات قرآنی در این رابطه نیز وجود دارد (برای نمونه ر. ک: بقره / ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۲). اگرچه این آیات در موضوعات خاصی وارد شده، اما بی‌شک از مجموع آنها با الغای خصوصیت، قاعده عامی مبنی بر حرمت هر گونه ایراد خسارت به غیر را می‌توان به دست آورد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۳۱/۱؛ جعفری، ۱۴۱۹: ۹۳). روایات نیز در این باب بسیار است. مشهورترین این روایات که متضمن عبارت «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» است، روایت سمره بن جندب است که مورد توجه فقهای بزرگ است (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۵۷/۲).

۲. در همین مقاله در ذیل عنوان «سیره عقلا و مسئولیت قراردادی»، به شواهد زیادی که به احراز عناصر سیره عقلا در لزوم جبران خسارت عدم النفع کمک می‌کند، اشاره شده است.

(نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۹۹/۲). تأیید و امضای شارع در مورد این سیره را نیز می‌توان از برخی عمومات و اطلاعات به دست آورد.<sup>۱</sup> البته این مطلب بر این مبنا استوار است که قاعده لاضرر را اصولاً مفید اثبات حکم لزوم جبران خسارت بدانیم و با اتکاء به نظر مختار در باب سیره عقلا در رفع شبهه جدی در خصوص سیره‌های متأخر از عصر معصومان علیهم‌السلام که در بخش ابتدایی مقاله بیان گردید، به احراز سیره در ضرردانستن منافع مسلم‌الحصول عرفی پردازیم؛ امری که در ذیل عنوان سیره و مسئولیت قراردادی، شواهد متعددی برای آن ارائه گردید.

مشهور فقیهان، قاعده لاضرر را در اثبات حکم ضمان نارسا دانسته و مفاد قاعده را نفی حکم ضرری می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۶۰/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۵۳۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۱۸). برخی از فقها نیز اساساً روایت مفید قاعده لاضرر را یک حکم حکومتی می‌دانند که در همان مورد خودش اعتبار دارد (موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۵۹/۱). بنا بر این نظر نیز قاعده لاضرر نمی‌تواند بر لزوم جبران خسارت دلالت کند؛ زیرا فقط در مقام رفع حکم ضرری است. در مقابل، عده‌ای از علماء به انحاء مختلف بر لزوم جبران خسارت به استناد قاعده لاضرر حکم کرده‌اند؛ از جمله اینکه «لا» را ناهیه و مفید نهی شرعی گرفته‌اند. حکم تکلیفی نهی از ضرر به دیگران، مستلزم حکم وضعی ضمان است. حال اگر ضرری به دیگری وارد شود، حرامی اتفاق افتاده و عدم جبران خسارت، خود حرامی دیگر است؛ زیرا استمرار و استدامه ضرر که ناشی از عدم جبران خسارت است، خود ضرر دیگر محسوب می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۹/۱؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۱: ۳۲). جالب آن است که بسیاری از فقیهانی که در مورد اثبات حکم ضمان، قاعده لاضرر را نارسا می‌دانند، در برخی از موضوعات دیگر، به قاعده لاضرر در اثبات حکم شرعی استناد کرده‌اند. اثبات خیارات از آن جمله است (انصاری، ۱۴۱۹: ۱۶۵/۵؛ علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۶۸/۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۲۷۵/۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸:

۱. همچون آیات مختلف (برای نمونه ر.ک: بقره / ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۲) و روایات متعدد در این خصوص نظیر روایت معروف سمرة بن جندب (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۸۰/۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰۰/۲۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۱۳/۳؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۳۳/۳) و روایات مختلف با مضمون نفی ضرر و لزوم جبران خسارت (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۵۰/۷؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۴۱۳/۴؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۷/۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲۸/۲۵).

۳۰۴/۸؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۰/۱۴؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۰۳/۸؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۷: ۵۷). برخی محققان، استعمال عبارت «لا ضرر ولا ضرار» را توسط نبی اکرم ﷺ در حدیث شفعه، با آنکه در مقام اثبات حکم بوده‌اند (نه رفع حکم)، دلیل بر استعداد قاعده در اثبات حکم می‌دانند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱/۱۶۰). ما از شرح و بسط مطالب مذکور در مورد قاعده لا ضرر که از مباحث چالش‌برانگیز فقه است، به جهت رعایت اختصار خودداری می‌کنیم. به هر حال، استناد به قاعده لا ضرر در اثبات حکم ضمان نسبت به منافع مورد انتظار تفویض شده، بر بنیان پذیرش اقتضاء این قاعده در اثبات حکم و ضرر دانستن تفویض منافع در نظر عرف و سیره استوار است. چنانچه مقتضی برای انتفاع از هر جهت وجود داشته باشد، از نظر عرف عقلا، عدم‌النفع اضرار محسوب می‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۳۹۲). خرد جمعی در عالم امروز، خسارت عدم‌النفع مسلم‌الحصول را ضرر تلقی می‌کند. نمونه‌هایی در اثبات این مدعا در ذیل عنوان سیره و مسئولیت قراردادی بیان گردید؛ نظیر ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، ماده ۲-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ماده ۵۰۲: ۹ اصول اروپایی حقوق قراردادها و نمونه‌هایی از حقوق هر دو سیستم کامن‌لا و رومی ژرمنی. در مجموع به نظر می‌رسد بر اساس این مقدمات و مبانی، قاعده لا ضرر نیز می‌تواند مفید لزوم جبران خسارت عدم‌النفع مسلم‌الحصول عرفی باشد. هرچند باید توجه داشت که اگر به نظر مشهور فقیهان در عدم اثبات حکم توسط قاعده لا ضرر جمود کنیم، باز هم با توجه به آنچه در بسط شمول قاعده اتلاف و علی‌الید در مباحث قبل تبیین گردید، دست ما از دلیل برای اثبات مدعا خالی نیست.

## نتیجه‌گیری

- بر اساس تجزیه و تحلیل‌های ارائه‌شده در این تحقیق، یافته‌ها عبارت‌اند از:
۱. سیره عقلا دارای نقش ابزاری و آلی در درک و فهم ادله نقلیه و بنا بر یک مبنا، سیره عقلایی کاشف از حکم عقل است؛ بنابراین با واسطه، از منابع و ادله کشف اراده الهی محسوب می‌گردد.
  ۲. سیره عقلا اصولاً در جایی مطرح است که حکم شرعی تأسیسی - کلی یا جزئی -

وجود ندارد. (منطقة الفراغ)

۳. سیره از دو عنصر مادی و معنوی تشکیل می‌شود.

۴. بر اساس نظر امام خمینی و شهید صدر، سیره عقلا ویژگی‌های ذیل را دارد:  
الف) مؤلفه مادی سیره، رفتار تکراری و متحدالشکل، بناءها و ارتکازات عرفی مستمر در یک موضوع است، بدون اینکه در همه موارد، اتصال و همزمانی این رفتار مستمر با عصر امام معصوم علیه السلام شرط باشد.

ب) عنصر معنوی سیره، خود از دو جزء تشکیل می‌شود. یکی اعتقاد عاملان این رفتار مستمر به الزامی بودن آن، و دیگری اعتبار شرعی آن، که از طریق امضا یا عدم ردع شارع به دست می‌آید.

ج) اصل بر تأیید شرعی سیره است، مگر خلاف آن ثابت شود.

د) امضای مورد به مورد سیره ضروری نیست، بلکه تأیید شرع را می‌توان پس از جستجو و نیافتن منع شرعی از آن به ضمیمه عدم مغایرت سیره با عموماً و اطلاعات نقلی تحصیل نمود.

۵. نقش محوری بناء عقلا در غیر عبادات، شامل قراردادها، تعهدات ناشی از عقود، امور اجتماعی و سیاسی انکارناپذیر است و احکام شریعت در این امور، غالباً امضایی است.

۶. اصل مسئولیت قراردادی (لزوم جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد) با عنایت به دیدگاه ویژه در سیره عقلا و چگونگی اعتبار آن، به خوبی قابل اثبات است. بر این بنیان، ماده ۲۲۱ قانون مدنی خوب تنظیم نشده و شایسته اصلاح است. بر اساس سیره قطعیه عقلا در این رابطه، منوط کردن مسئولیت قراردادی به اشتراط صریح یا ضمنی وجهی ندارد. ماده پیشنهادی در این خصوص عبارت است از: «نقض قرارداد موجب مسئولیت نقض کننده است. خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد از جمله خسارت‌های مسلم‌الحصول عرفی، قابل مطالبه است».

۷. دامنه مسئولیت قراردادی تا حدی است که خسارت عدم‌النفع را نیز شامل می‌شود. قواعد اتلاف، علی‌البد، احترام مال مسلم و لاضرر با تکیه بر نقش ابزاری بناء عقلا در اثبات این امر کافی است. بنابراین تجدیدنظر مقتن در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین

دادرسی مدنی در لزوم جبران خسارت عدم‌النفع مسلّم‌الحصول، مورد انتظار است. لذا پیشنهاد می‌شود تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی به نحو ذیل اصلاح شود: «خسارت‌های عدم‌النفع مسلّم‌الحصول عرفی قابل مطالبه است. نظر کارشناس در تشخیص مصادیق و وصف مسلّم‌الحصول بودن، ملاک حکم دادگاه خواهد بود».

### کتاب‌شناسی

۱. نهج البلاغه، ترجمه و شرح فیض الاسلام، بی تا.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳. آرون، ریمون، دموکراسی و خودکامگی، ترجمه محمد مشایخی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ ش.
۴. آشتیانی رازی، محمدحسن بن جعفر، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
۵. آملی، محمدتقی، منتهی الاصول الی غوامض کفایة الاصول، تهران، بی تا.
۶. اصفهانی، محمدحسین، بحوث فی الفقه (کتاب الاجاره)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۷. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیة، ۱۳۹۰ ش.
۸. انصاری، مرتضی بن محمدامین، المتاجر (المکاسب)، چاپ سنگی، بی تا.
۹. همو، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۰. بزرگمهر، امیرعباس و غزال مهرابی، اصلاحات در قانون تعهدات فرانسه، تهران، عدالت، ۱۳۹۵ ش.
۱۱. جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی، درآمدی بر عرف، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸ ش.
۱۲. جعفری، محمدتقی، رسایل فقهی، تهران، کرامت، ۱۴۱۹ ق.
۱۳. حجازی، قدسیه، ضمیمه رساله بررسی جرایم زنان در ایران، تهران، ۱۳۴۱ ش.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. حسینی حائری، سیدکاظم، فقه العقود، چاپ دوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۶. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، منتقى الاصول، تقریر سید عبدالصاحب حکیم، قم، چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ ق.
۱۷. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. دانش پڑوه، مصطفی، منابع حقوق، قم، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۹. رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب الغصب، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۲۲ ش.
۲۰. ره پیک، سیامک، «خسارت عدم النفع؛ نظرات و مقررات»، دیدگاه های حقوقی، شماره های ۱۹-۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۹ ش.
۲۱. صدر، سیدمحمدباقر، المعالم الجدیدة، قم، کتاب خرد، ۱۳۷۹ ش.
۲۲. همو، بحوث فی علم الاصول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۳. همو، مباحث الاصول، تقریر سیدمحمدکاظم حائری، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۲۴. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. صنقر علی، محمد، المعجم الاصولی، بی جا، مطبعة عترة، ۱۴۲۱ ق.
۲۶. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، نهاية الاصول، تقریر حسینعلی منتظری، تهران، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۲۷. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۸. طباطبایی حکیم، سیدمحمدتقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۹۷۹ م.
۲۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۰ ق.

۳۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۱. عاملی، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۲. العجم، رفیق، *موسوعة مصطلحات اصول الفقه عند المسلمین*، بیروت، مکتبه لبنان الناشرین، ۱۹۹۸ م.
۳۳. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء*، قم، آل‌البتیة، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۳۵. غروی نائینی، محمدحسین، *فوائد الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳۶. همو، *کتاب الصلاة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۳۷. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (ضمنان قهری - مسئولیت مدنی)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۳۸. همو، *فلسفه حقوق*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱ ش.
۳۹. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۴۰. کاشف‌الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الفراء*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۴۱. کلاتری، ابوالقاسم، *مطرح الانظار*، تقریرات درس شیخ انصاری، قم، آل‌البتیة، بی‌تا.
۴۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۳. گرجی، ابوالقاسم، *مقالات حقوقی*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵ ش.
۴۴. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴۵. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴۶. محقق داماد، سیدمصطفی، محمد عیسایی تفرشی و سیدحسن وحدتی شبیری، «*قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از اجرای تعهد*»، نامه مفید، شماره ۳۳، ۱۳۸۱ ش.
۴۷. مروی، جواد، *جزوه درس خارج فقه*، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۲ ش.
۴۸. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، تهران، المعارف الاسلامیه، بی‌تا.
۴۹. همو، *اصول فقه*، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸ ش.
۵۰. مغنیه، محمدرضا، *علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید*، بیروت، دار العلم، ۱۹۷۵ م.
۵۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۵۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *الرسائل (الفوائد الفقهیه والاجتهاد والتقلید)*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ش.
۵۳. همو، *انوار الهدایة (تعلیقہ ای بر کفایة الاصول)*، چاپ دوم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
۵۴. همو، *تحریر الوسیله*، تهران، مکتبه الاعتماد، بی‌تا.
۵۵. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹ ش.
۵۶. همو، *مناهج الوصول الی علم الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۳ ش.
۵۷. موسوی، سیدصمدعلی، *القواعد الفقهیه فی کتاب تفصیل الشریعه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۹۲ ش.
۵۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مستند العروة الوثقی (کتاب الاجاره)*، تقریر مرتضی بروجردی، قم، مطبعة علمیه، ۱۳۶۵ ش.

۵۹. همو، مصباح الاصول، تقرير سيد محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، قم، مكتبة الداوری، ۱۴۱۷ ق.
۶۰. همو، مصباح الفقاهه، تقرير محمد علی توحیدی تبریزی، قم، وجدانی، ۱۳۶۸ ش.
۶۱. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام، تهران، دار الكتب الاسلامیه، ۱۳۹۲ ش.
۶۲. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منية الطالب فی حاشية المكاسب، تقریرات بحث محمد حسین غروی نائینی، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۶۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعة فی احکام الشریعه، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ ق.
۶۴. وحدتی شبیری، سید حسن، مبانی مسئولیت مدنی قراردادی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۶۵. وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، الفوائد الحائریه، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۶۶. همو، حاشیة مجمع الفائدة والبرهان، قم، مؤسسة العلامة البهبهانی، ۱۴۱۷ ق.
۶۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود و جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۶۸. یزدانی، غلامرضا، محسن محبی و محمد امامی، «معیار محاسبه خسارت ناشی از نقض قرارداد سرمایه گذاری»، آموزه های فقه مدنی، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
69. Bell, John & Sophie Boyron & Simon Whittaker, *Principles of French Law*, Oxford, 1998.
70. Duxbury, Robert, *Contract in nutshell*, 3<sup>rd</sup> Ed., London, Sweet & Maxwell, 1994.
71. Fountoulakis, Christiana, "Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods", *ERA Forum*, Vol. 12, Issue 1, April 2011, Available at: <<http://www.unifr.ch/ius/assets/Files/chaieres/CH-Fountoulakis/files/Remedies.pdf>>.
72. Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/21, Award of March 31, 1986, Available at: <<https://www.italaw.com/cases/3545>>.
73. Radley-Gardner, Oliver & Reinhard Zimmermann & Hugh Beale, *Fundamental Texts on European Private Law*, Oregon, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003, Available at: <<http://www.Zahvat.Ru/media/bookshelffile/original/33840.pdf>>.
74. Robert H. May v. Guatemala, 16 November 1900, Cited in: <<http://Legal.UN.Org/riaa/cases/vol-xv/47-75.pdf>>.
75. William J. Levitt v. Iran, 14 Iran - US CTR, 1987, Available at: <<https://books.google.com/books.isbn=0521463386>>.